

CONHECER PARA RECONHECER

NIKLAS LUHMANN - TEORIAS DO DIREITO PÓS-MODERNAS

VERBETE

Quinta-Feira, 31 de Dezembro de 2020 20:14:01

VERBETE - TRADUÇÃO

FONTES: Becker, Christian. Was bleibt? Recht und Postmoderne. Ein rechtstheoretischer Essay. Baden-Baden: Nomos, 2014

TRADUTOR: Luís Afonso Heck

Semestre de verão de 2020

Para uso em sala de aula – UFRGS – Faculdade de Direito

Anexos: 04

Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Semestre de verão 2020

Para uso em aula - UFRGS - Faculdade de Direito

NIKLAS LUHMANN – TEORIAS DO DIREITO PÓS-MODERNAS

A sugestão, talvez eu devesse dizer melhor: a irritação, à qual este trabalho essencialmente remonta, procede da ocupação com meu tema de habilitação. Lá se tratava da questão, aparentemente banal, como é decidido sobre isto, o que faz parte do fato que está na base da aplicação do direito. A procura por uma resposta levou-me, por alguns desvios, a Niklas Luhmann – e depois da leitura do “Das Recht der Gesellschaft” estava claro que eu não poderia conservar o planejamento da viagem até agora. Mais ainda: com algumas adaptações do rumo da viagem não seria suficiente. Tudo teve de ser refletido desde o início.

Fonte: Becker, Christian. Was bleibt? Recht und Postmoderne. Ein rechtstheoretischer Essay. Baden-Baden: Nomos, 2014, S. 5.

Sua análise [de Niklas Luhmann: colchete de L. A. H.] parece-me, até hoje, em aspecto variado, não poder ser evitada. Ela leva à questão, que forma o título dessa contribuição: o que permanece? O que permanece do direito se ele passou o labirinto das cascatas de reflexões de *Luhmann*? Tanto tempo demorou, compreender e assimilar também somente algumas das inumeráveis ideias do “Recht der Gesellschaft”, tão rápido tornou-se claro para mim que *Luhmann* na resposta a essa questão notoriamente não tinha interesse.

Fonte: a mesma, S. 5.

Aqui se mostra um problema de todas as teorias do direito enformadas pós-modernamente:¹ elas não oferecem nenhum motivo para a práxis jurídica. *Luhmann* diz que “o ponto da insegurança suprema e da última não decididade [é] aquele

¹ Nota do tradutor: aqui cabe remeter, como partidária da pós-modernidade no Brasil, à Sra. Cláudia Lima Marques. Ver para isso, Heck, Luís Afonso. Filosofia do direito e hermenêutica filosófica, in Toledo, Cláudia (org.). O pensamento de Robert Alexy como sistema. Rio de Janeiro: Forense, 2017, página 94 e seguinte (nota de pé de página 67), com mais indicações. Existe versão eletrônica desse livro.

ponto do qual pode observar-se todo outro melhor.” A teoria do direito pós-moderna observa, em um certo sentido, o sistema do direito desde esse ponto. Um direito aclarado e refletido não pode ignorar tais observações; ele tem de observar-se a si mesmo. Somente leva seu enlace com a “última não decidida” a isto, que a posição de observador para os participantes do sistema jurídico, em todo o caso, para o juiz, é completamente inidônea assim que eles *têm de entrar em ação* (garantia da justiça). Aqui se revela o ponto cego de teorias do direito pós-modernas.²

Fonte: a mesma, S. 120 f.

Para uma investigação teórico-jurídica seria, assim, insuficiente deter-se na desconstrução do direito, em sua ironização behaviorista. Uma teoria do *direito* pós-moderna que não se esforça pela resposta da questão, quais valores suas observações para a prática observada podem ter, como, portanto, normatividade *conveniente* – a resposta fundamentada para questões jurídicas pendentes de decisão – sob as condições de contingência é possível, detém-se na metade caminho. A descida daquele ponto supremo, do qual Luhmann observa e descreve é, para aquele que não se quer limitar a uma sociologia puramente observadora, mas, em vez disso, refletir sobre a realização de decisões fundamentadas, inevitável.

Fonte: a mesma, S. 124.

Quando, portanto, a teoria dos sistemas representa a estabilização contrafactual de esperanças como função do direito, então tem de, no discurso jurídico, forçosamente ser decidido sobre isto, *quais* esperanças devem ser dotadas com uma pretensão de validade contrafactual, assim como, uma vez que essa decisão não pode realizar-se sem fundamentação, *porque* essas e não aquelas esperanças devem ser estabilizadas. Mas isso, porém, não é nada mais que a questão sobre isto, quais esperanças (em co-humanos, no estado) pode ter-se justificadamente, portanto,

² Qual a finalidade e/ou utilidade jurídico-judicial, com isso, do direito do consumidor “pós-moderno” da Sra. Cláudia Lima Marques? Porque Kelsen ensina: uma norma jurídica deve ser cumprida, se não cumprida, aplicada (a consequência jurídica, que ao poder judiciário cabe jurídico-constitucionalmente realizar) em geral para ser eficaz. Ver para isso, Kelsen, Hans. O que é a doutrina do direito pura? in Heck, Luís Afonso (org., trad., rev.). Direito positivo e direito discursivo. Subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017, página 141 e seguintes. Ver infra, nota de pé de página 4.

formulado com mais páhtos, qual é o estado de dever da sociedade, com o qual o particular pode contar. Justamente a análise teórico-sistêmica sempre acentuou que o direito tem de responder tais questões segundo critérios próprios.³ Ela somente não se ocupou com isto, quais critérios são esses.⁴

Fonte: a mesma, S. 131 f.

Obs.: pontuação, cada vez, no original. Os sublinhados não estão no original.

Nota: o Sr. Leonel Severo Rocha ocupa-se há muitos anos com Luhmann⁵ (talvez até financiado com dinheiro do contribuinte), porém, segundo informações do escavador no lugar dos idiomas, não domina o idioma alemão. Portanto, não somente nunca leu Luhmann no original como também nunca leu, e assim, também ignora, o que se escreve sobre Luhmann no original, como, por exemplo, também Schluchter, Wolfgang. Grundlegungen der Soziologie. Eine Theoriegeschichte in systematischer Absicht. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 2015, S. 535 ff.

Contudo, além de atuar para a companhia de Jesus, isto é, os jesuítas, mais especificamente, na UNISINOS, foi representante titular da área de direito no CNPq-2016-2019, é consultor da Capes e da Faperqs, vice-presidente da região Sul do CONPEDI! (Informação do escavador.) Essa é, assim, no conjunto, mais uma imagem que certifica o dito na RTJ 215 (369): Não me parece que o Brasil seja conhecido por seus juristas, mas sim por suas dancarinas. ...” (O sublinhado é de L. A. H.) Mais além, isso coloca forçosamente outra questão, ou seja, a do papel dos pares, no caso dado, relativos à Sra. Cláudia Lima Marques e ao Sr. Leonel Severo Rocha. Eles

³ Nota do tradutor: aqui tem um pé de página (número 501), que remete a obras de Luhmann.

⁴ Nota do tradutor: o pé de página, que existe aqui (número 502), diz o seguinte: Comparar, por exemplo *Luhmann*, ZRSoz 6 (1985), 1, 2 f. onde é remetido à impossibilidade de uma derivação de consequências político-jurídicas da compreensão teórico-sistêmica; pragnate *Bumke*, in: ders. Richterrecht, S. 1, 14, m. Fn. 48: “dentro do mundo do direito a teoria do sistema deixa-nos a nós próprios.”

⁵ Ver, por exemplo, as citações na página 264 do livro de Eduardo Candia. Tutela de direitos coletivos e teoria dos sistemas autopoieticos. Observando o deficit [sic] coletivo nas decisões jurídicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021. Esse livro parece ser o resultado da sua tese de doutorado na PUC-SP, sob orientação de Nelson Nery Junior que, juntamente com Georges Abbound, membro do seu escritório de advocacia, também assina o prefácio.

(os pares) são apresentados supostamente aos olhos do público (cidadão contribuinte) como guardas⁶ da objetividade quanto ao conteúdo de artigos de revista,⁷ não, porém, da objetividade quanto ao conteúdo dos grupos, linhas e projetos de pesquisa (muitos financiados com dinheiro público), como se isto não tivesse nada a ver com aquilo (ou seja: como se a objetividade do escrever, no tocante ao conteúdo, caísse do céu azul!).⁸ Essa remoção, assim, apresenta um fiasco, tanto institucional como pessoal, no âmbito da pós-graduação em direito. O que vale é o critério da forma, isto é, aqui, quantidade,⁹ não qualidade.

⁶ Guarda, ... 1. (...) alguém que guarda alguém, algo (1), vigia protetoramente; guarda, protetor, guardador: um guarda da ordem jurídica, da democracia [da constituição, colchete de L. A. H.]; os guardas da lei (... policiais). ...

guardar, ... 1. cuidar de alguém, de algo para que a ele ou à coisa não seja ocasionado um dano ou para que ele ou ela não cause nenhum dano: alguém tem de guardar as crianças; guardar um objeto cuidadosamente (conservar); ... Fonte: Duden Deutsches Universalwörterbuch. 2. Aufl., 1989.

⁷ Ver para isso, Heck, Luís Afonso. A pós-graduação de direito no Brasil atual: uma questão de quantidade ou qualidade? in, mesmo autor. A pós-graduação de direito no Brasil. Discussão e oportunidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019, página 20 e seguinte (nota de pé de página 18), com mais indicações. Isso também torna suspeito a classificação das revistas realizada pela Capes (chamada qualis, qualis-periódicos ou qualis/Capes).

⁸ Esse papel mostra-se, assim, na realidade, como testemunho sobre uma pretensa objetividade quanto ao conteúdo: os pares apenas podem comprovar, no âmbito das publicações em revistas, a tradição existente na pós-graduação em direito no Brasil, isto é, grupos, linhas e projetos de pesquisa. Seja lembrado: tradição é transmissão (Überlieferung). Ela informa e, portanto, enforma a formação.

⁹ Ver para isso, Heck, Luís Afonso, (nota 6), página 13 e seguintes. Notação demonstrativa: o Sr. Leonel Severo Rocha orientou mais de 200 trabalhos; a Sra. Cláudia Lima Marques, mais de 650 trabalhos. Informações do escavador, respectivamente.

MARCADORES